

Tilburg University

Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak

van der Sangen, G.J.H.

Published in:
Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

Publication date:
2005

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van der Sangen, G. J. H. (2005). Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2005(5), 165-174.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak

Mr. G.J.H. van der Sangen¹

Schrijver betoogt dat reeds onder het huidige recht valide argumenten bestaan voor de erkenning van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak. De argumenten die eertijds tot de erkenning van het afgescheiden vermogen bij de personenvennootschap hebben geleid, gelden ook bij de eenmanszaak. Aanvullende argumenten kunnen volgens de schrijver worden ontleend aan recente jurisprudentie omtrent de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot en omtrent de inbreng van de onderneming in een besloten vennootschap. Erkenning van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak is bovendien functioneel; het is in het belang van zowel zaakscrediteuren, de eenmansondernemer en, uiteindelijk ook, in het belang van privé-crediteuren. Desalniettemin ligt een wettelijke regeling niet voor de hand.²

‘Een open debat over wat in de huidige tijd het beste argument of de beste aanpak, benadering of oplossing is, en of deze inpasbaar is of ingepast zou moeten worden in het systeem, wordt niet of nauwelijks gevoerd, in de rechtspraak niet en in de literatuur in het algemeen evenmin.’

J.B.M. Vranken: in Asser-Vranken, Een vervolg, p. 26.

1. Zoals bekend heeft de eenmanszaak volgens de sinds jaar en dag gevestigde heersende leer geen van het privé-vermogen van de eenmansondernemer afgescheiden vermogen in die zin dat zaakscrediteuren zich met voorrang boven de privé-crediteuren op het ondernemingsvermogen zouden kunnen verhalen. De in het Burgerlijk Wetboek niet geregelde rechtsvorm van de eenmanszaak kent derhalve geen van het privé-vermogen afgescheiden ondernemingsvermogen,³ in elk geval niet binnen het systeem van het huidige goederenrecht.⁴ De oorzaak hiervan ligt in het feit dat de eenmanszaak naar huidig recht geen rechtssubjectiviteit bezit en aan haar ondernemingsvermogen ook geen goederenrechtelijke zelfstandigheid wordt toegekend. Het gebrek aan rechtssubjectiviteit in combinatie met het ontbreken van goederenrechtelijke zelfstandigheid van het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak leidt ertoe dat de eenmanszaak mitsdien geen eigen crediteuren heeft en ten behoeve van deze crediteuren ook geen exclusief verhaalsaansprakelijk vermogen kent. Dit heeft als consequentie dat zaakscrediteuren de ondernemer als contractspartij hebben en dat deze ondernemer met zijn gehele vermogen – zowel het privé-vermogen als zijn ondernemingsvermogen – in staat voor de nakoming. Crediteuren

¹ Mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Tilburg, departement Business Law en verbonden aan het Center for Company Law aldaar.

² Deze bijdrage is een enigszins afstandelijke beschouwing omtrent dit onderwerp en de schrijver realiseert zich dat een gedetailleerdere bronvermelding mogelijk zou zijn geweest. Dat zou echter er toe leiden dat de omvang van het artikel de toegestane omvang ver zou overschrijden, zodat ik een uitgebreid notenapparaat achterwege heb gelaten. Veel dank ben ik verschuldigd aan mw. mr. A. Bouichi, die over onder andere dit onderwerp een dissertatie voorbereidt, voor haar suggesties en commentaar op een eerdere versie.

³ Onder ‘ondernemingsvermogen’ versta ik nadrukkelijk alle activa én passiva die de ondernemer tot het bereiken van zijn ondernemingsdoel heeft bestemd. Het ondernemingsvermogen is derhalve een algemeenheid van goederen en schulden. Vgl. Pitlo/Raaijmakers, § 1.01 p. 1 en § 1.82 p. 55 en 56, en W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Kluwer, Deventer 2005, p. 373.

⁴ Slagter, a.w. p. 374 en 375.

die in het kader van de bedrijfsuitoefening zaken doen met de eenmanszaak moeten dientengevolge dulden dat in geval van insolventie van de eenmanszaak, privé-crediteuren gelijkkelijk delen in de liquidatieopbrengst van de onderneming. In het huidige goederenrechtelijke systeem is het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak niet juridisch gescheiden van het privé-vermogen van de eenmansondernemer. De paritas creditorum-regel zoals deze volgt uit de artikelen 3:276 en 277 BW geldt onverkort en werkt ten nadele van zaakscrediteuren die bij hebben gedragen tot de vorming van het ondernemingsvermogen.

2. Anders dan bij personenvennootschappen en rechtspersonen is er bij de eenmanszaak derhalve geen sprake van wat Hansmann en Kraakman ‘affirmative asset partitioning’ noemen.⁵ Hieronder verstaan Hansmann en Kraakman het effect dat verbonden is aan de toepassing van het rechtspersonenrecht dat de eigen crediteuren van een rechtspersoon zich exclusief kunnen verhalen op de goederen van de rechtspersoon en daarbij niet hoeven te dulden dat deelgenoten in de rechtspersoon of hun privé-crediteuren ten koste van de zaakscrediteuren aanspraken kunnen doen gelden op dit verhaalsaansprakelijk vermogen. Zij betogen verder dat de functie van het rechtspersonenrecht primair gelegen is in de toekenning van het effect van ‘affirmative asset partitioning’. Het rechtspersonenrecht als organisatierecht dient te bewerkstelligen dat het gevormde vermogen van de rechtspersoon in stand blijft ten behoeve van verhaal van de eigen crediteuren, totdat zij (zo veel als mogelijk) zijn voldaan. Overigens betekent dat in de visie van Hansmann en Kraakman niet dat de rechtspersoon een bepaald minimum kapitaal bijeen moet brengen en in stand moet houden. Het houdt slechts in dat het wél gevormde vermogen het verhaalsaansprakelijke vermogen is ten behoeve van de eigen crediteuren van de rechtspersoon. We hebben het hier derhalve over de actiefzijde van de balans – ‘a separate pool of assets’ zoals Hansmann en Kraakman dat noemen.

Het ontbreken van dit aspect wordt in de beperkte literatuur over de eenmanszaak veelal terzijde gelaten. Doorgaans wordt wel gewezen op een ander fenomeen dat zich in beginsel bij alle rechtspersonen voordoet, doch niet bij de eenmanszaak en ook niet bij de personenvennootschappen, namelijk ‘defensive asset partitioning’.⁶ Tenzij dit door de crediteur is bedongen, hebben de eigen crediteuren van de rechtspersoon als hoofdregel geen mogelijkheid tot verhaal op het vermogen van de deelnemers, omdat deze niet aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon. Men moet er echter voor waken het bestaan van beperkte aansprakelijkheid als een dwingend kenmerk van rechtspersoonlijkheid te zien. Op de hoofdregel van beperkte aansprakelijkheid bestaan immers talrijke uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld het EESV, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid naar komend recht en – in navolging van Raaijmakers⁷ – naar huidig recht de openbare maatschap en de VOF, de informele vereniging en ook de coöperatie. Zelfs de BV kent door uitdrukkelijke wetsbepaling, via leerstukken als bestuurdersaansprakelijkheid en doorbraak van aansprakelijkheid, of door

⁵ H. Hansmann & R. Kraakman, ‘The Essential Role of Organizational Law’, in: McCahery, Raaijmakers & Vermeulen, *The Governance of Close Corporations and Partnerships. US and European Perspectives*, Oxford University Press, Oxford/New York 2004, p. 27.

⁶ Hansmann & Kraakman, *t.a.p.* p. 28.

⁷ Raaijmakers beschouwt de vennootschap onder firma naar huidig recht reeds als een rechtspersoon. Zie Pitlo/Raaijmakers, § 2.39.

contractuele afspraken met bepaalde crediteuren,⁸ belangrijke uitzonderingen op de hoofdregel. Rechtspersoonlijkheid betekent in dit verband dan ook niet meer of minder dat iets dat het recht als zelfstandige eenheid herkent en erkent – bij wet, jurisprudentie of doctrine – zelf drager kan zijn van vermogensrechtelijke rechten en plichten. Zo opgevat valt rechtspersoonlijkheid samen met het begrip rechtssubjectiviteit.⁹

3. Bij de BV is er sprake van zowel ‘affirmative’ als ook van ‘defensive asset partitioning’. Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid bij de BV kan niet (meer) worden gefundeerd op de omstandigheid dat de BV een verplicht minimumkapitaal heeft,¹⁰ doch uitsluitend op het feit dat het gevormde en in het vooruitzicht gestelde kapitaal naast andere activa van de vennootschap exclusief verhaalsobject is voor de crediteuren van de BV. Met andere woorden, uiteindelijk op grond van het opgewekte vertrouwen dat noch een aandeelhouder als zodanig noch diens privé-crediteuren verhaal kunnen nemen op het ondernemingsvermogen. Daarbij past dat de aandeelhouder geen ‘control’ meer heeft over de besteding en aanwending van dit vermogen. Daartoe is bij uitsluiting het bestuur bevoegd. Deze ‘separation of ownership from control’¹¹ wordt ook consequent toegepast bij de eenpersoons-BV blijkens de constante jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het leerstuk van de omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid bij afgeleide schade¹² en inzake het leerstuk van tegenstrijdig belang,¹³ met als argument dat anderen dan de aandeelhouders die eveneens betrokken zijn bij de rechtspersoon, een gerechtvaardigd belang hebben bij het in stand houden van het vermogen van de rechtspersoon.

Deze argumentatie is echter niet exclusief voor de BV, aangezien voor personenvennootschappen naar huidig en komend recht ook geldt dat het vermogen van de personenvennootschap afgescheiden is van het privé-vermogen van de deelgenoten en dient als exclusief verhaalobject voor de zaakscategorieën,¹⁴ terwijl

⁸ Ik doel hierbij in het bijzonder op de bestaande bankpraktijk bij financiering van met name BV's in het MKB, waarbij de directeur/groootaandeelhouder zich jegens de bank in privé borg moet stellen voor het bedrijfskrediet, en – in concernverhoudingen – op de toepassing van art. 2:403 BW.

⁹ Pitlo/Raaijmakers, § 1.06 p. 6 en § 1.64 p. 35-38, spreekt van de rechtsdrager. Vgl. ook Blanco Fernandez, ‘De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap’, *WPNR* 03/6549 p. 755 en 756. Dit brengt Hansman en Kraakman ertoe om niet te spreken van ‘legal personality’, maar liever van het neutrale begrip ‘legal entity’, daarmee abstraherend van bestaande rechtspersoonlijkheidtheorieën. Hansmann & Kraakman, *a.w.* p. 66 en 67.

¹⁰ Vlg. M.L. Lennarts & J.N. Schutte Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, IVO RUG, Kluwer, Deventer, 2004, waaruit blijkt dat de regels terzake van het bijeenbrengen van een bepaald (minimum-)kapitaal geen waarborg bieden dat crediteuren daadwerkelijk hun vorderingen kunnen verhalen op het vermogen van de BV.

¹¹ Een concept ontleend aan Berle & Means (1932) en dat oorspronkelijk een verklaring gaf voor de zwakke positie van aandeelhouders ten opzichte van het bestuur bij beursgenoteerde vennootschappen in de Verenigde Staten. A.A. Berle & G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, herziene editie, Harcourt, Brace & World, New York 1968. Om verklaarbare, maar daarom niet minder onjuiste redenen is dat concept ook doorgedrongen tot ons ‘geïstitutionaliseerde’ BV-recht.

¹² Zie HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (Poot/ABP), HR 29 november 1997, *NJ* 1997, 178 (Damen/Amersfoortse), HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 (Kip/Rabo) en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 (Heino/Krause).

¹³ HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 92 (Duplicado).

¹⁴ Zie HR 26 november 1897, *W* 7047 (Boeschoten/Besier) voor de VOF, HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327 (Hovuma/Spreeuwenberg) voor de CV en de doctrine voor de openbare maatschap, bijv. Pitlo/Raaijmakers § 2.37 en 38 en Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, vijfde, herziene druk, Gouda Quint, Deventer

overigens geldt dat net als bij de BV in de nabije toekomst¹⁵ er geen eisen worden gesteld aan de omvang van het bijeen te brengen kapitaal. Het vertrouwen van verhaalbaarheid wordt hier bovendien gewekt door de wettelijk voorziene hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de schulden van de vennootschap. Door een uitdrukkelijke wetsbepaling wordt als het ware het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid opzij gezet. Bij de eenmanszaak volgt dit niet zozeer uit een wetsbepaling als zodanig, maar uit het huidige systeem van het goederenrecht en de verhaalsrechten. Evenwel treedt er nu een opvallend verschil op tussen de personenvennootschappen enerzijds en de eenmanszaak. Ondanks het bestaan van persoonlijke aansprakelijkheid voor de schulden van de vennootschap dienen vennoten bij hun bestuur te beschikken over het vermogen in het belang van de samenwerking en in het belang van de zaakscrediteuren. Vennoten kunnen over dit gebonden vermogen niet privé beschikken noch kunnen hun privé-crediteuren hierop beslag leggen. De beschikkingsmacht van de eenmansondernemer over zijn ondernemingsvermogen stond en staat niet ter discussie. Hij is en blijft bevoegd vermogensbestanddelen van het ondernemingsvermogen over te hevelen naar zijn privé-vermogen.¹⁶ Dit laatste wordt pas problematisch indien hij ten nadele van zaakscrediteuren ondernemingsvermogen overhevelt naar derden om niet, dan wel tegen niet zakelijke condities. Dit soort transacties kunnen echter door benadeelde crediteuren geredresseerd worden door de actio Pauliana (art. 3:45 BW en 42 e.v. Fw) en door de onrechtmatige daadsactie.

4. Ondertussen moeten we erkennen dat juist het ontbreken van beperkte aansprakelijkheid vanuit het perspectief van de ondernemer in privé aanleiding is om met behoud van de rechtsvorm van de eenmanszaak een bepaalde mate van juridische scheiding tussen privé- en zaaksvermogen tot stand te brengen ten einde te bereiken dat het ondernemingsrisico niet wordt afgewenteld op de privé-bezittingen. Men denke hierbij aan het stellen van privé-bezittingen op naam van de partner in combinatie met het maken van huwelijksvoorwaarden. Erkenning van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak en dus toepassing van het effect van ‘affirmative asset partitioning’ in het belang van zaakscrediteuren betekent dan ook niet dat deze vorm van vermogensafzondering van het privé-vermogen door de eenmansondernemer in de toekomst niet meer geboden is. Die behoefte zal steeds blijven bestaan. Waar het schrijver dezes om gaat, is dat door de erkenning van het afgescheiden vermogen van de eenmanszaak de financierbaarheid van de onderneming wordt bevorderd ten behoeve van zaakscrediteuren. Voorkomen dient immers te worden dat – de heersende leer indachtig – privé-crediteuren rauwelijks beslag zouden kunnen leggen op afzonderlijke onderdelen van het ondernemingsvermogen. Weliswaar kunnen andere crediteuren die een opeisbare vordering hebben – en dus ook zaakscrediteuren – ook zelf beslag leggen, maar dit heeft uitsluitend tot gevolg dat de opbrengst na executie van het beslagen goed volgens de tussen hen geldende regels van voorrang wordt verdeeld.¹⁷ Zij kunnen zich

1998, p. 123. Voor het komend recht de artt. 7:806 lid 2 en 827 lid 2 Titel 7.13 BW (vennootschap).

¹⁵ Zie de voorstellen tot afschaffing van het minimumkapitaal voor de BV in het rapport van de Expertgroep *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* onder voorzitterschap van H.J. de Kluiver, Den Haag, 6 mei 2004, p. 88 en 113.

¹⁶ In dat opzicht is de beslissing van de Hoge Raad inzake Bas-C – hoewel juridisch-technisch juist – dan ook onbegrijpelijk. Zie hierover A. Bouichi en M.J.G.C. Raaijmakers in hun gezamenlijke noot onder het arrest in *Ars Aequi* 53 (2004), p. 430-437.

¹⁷ Vgl. in dit verband bijv. art. 458 e.v. Rv.

echter niet tegen het beslag en de executie als zodanig verzetten. Feitelijk kan dit laatste slechts worden bereikt doordat een derde de vordering van de beslagleggende crediteur voldoet. De mogelijkheid dat een privé-crediteur beslag kan leggen op afzonderlijke onderdelen van het ondernemingsvermogen kan leiden tot feitelijke staking van de onderneming en verlies van de ‘going concern’-waarde inclusief de opgebouwde goodwill. Gezien het feit dat na inbreng van de eenmansonderneming in de BV sprake is van affirmative asset partitioning, is dat laatste ook dan niet meer mogelijk. De aandeelhouder kan uitsluitend beschikken – zij het beperkt door de verplichte blokkering – over zijn lidmaatschapsrechten in de BV en daarop kunnen privé-crediteuren verhaal nemen. In privé kan de aandeelhouder niet meer beschikken over goederen van de BV; het bestuur doet dat a fortiori qualitate qua.¹⁸

5. Kortom, ten aanzien van de eenmanszaak geldt noch het beginsel van ‘affirmative’ noch het beginsel van ‘defensive’ asset partitioning. Het is evenwel moeilijk verklaarbaar waarom bij personenvennootschappen het beginsel van ‘affirmative asset partitioning’ wel geldt en bij de eenmanszaak niet. De argumenten dat ook de eenmanszaak een afgescheiden vermogen heeft respectievelijk zulks als ius constituendum dient te worden erkend, zijn echter ook naar huidig recht aanwezig. Het is niet verwonderlijk dat bij tijd en wijle deze vraag in de doctrine wordt gesteld. Ik mag daarvoor verwijzen naar het werk van Russell, P. Scholten, Houwing, Gerbrandy, Schoordijk, Molenaar, De Ruiter en, dichterbij, M. Raaijmakers en, recentelijk, H. de Groot.

De vraag is in der loop der jaren ook onderwerp geweest van parlementair debat, in het bijzonder in het kader van de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zo meende Meijers het pleit te hebben beslecht ten faveure van een afgescheiden vermogen van de eenmanszaak, door in het door hem voorgestelde art. 3.1.1.11 Ontwerp NBW voorop te stellen dat ook het ondernemingsvermogen als een algemeenheid van goederen én schulden diende te worden beschouwd. Dit artikel is later geschrapt, omdat men dacht dat de algemeenheid van goederen én schulden geregeld zou zijn – quod non – bij de later geïntroduceerde titel 3.7 BW inzake de gemeenschap, daarbij vergetend dat deze slechts uitdrukking geeft aan een universitas iuris van samenwerkende personen die iets gemeenschappelijk in eigendom hebben. De oorspronkelijke gedachte van Meijers dat ook het ondernemingsvermogen van de eenmansondernemer als universitas iuris diende te worden aangemerkt, is op dat moment verloren gegaan.¹⁹

Thans lijkt bij gelegenheid van de wetgevingsoperatie ter zake van de invoering van de herziene titel 7.13 BW inzake de personenvennootschappen opnieuw de vraag aan de orde te zijn waarom de personenvennootschappen naar komend recht krachtens expliciete wettelijke bepalingen wél een afgescheiden vermogen wordt toegekend – terecht overigens –, maar dit aan het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak wordt onthouden. Zo is van de zijde van de VVD-fractie in de Eerste Kamer aan de minister de vraag gesteld:

¹⁸ In geval van een tegenstrijdig belang kan de transactie op grond van art. 2:256 BW worden teruggedraaid, ook in faillissement van de BV. De vordering komt dan toe aan de curator, terwijl de Hoge Raad de tegenstrijdig belangregeling ook toepast op de eenpersoons-BV, omdat er anderen personen betrokken zijn bij de BV die een gerechtvaardigd belang zouden kunnen bij de instandhouding van het vermogen (bedoeld zijn de activa) van de vennootschap. Zie HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 92 (Duplicado).

¹⁹ M.J.G.C. Raaijmakers, preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’, p. 18 en 19, en in: *Herziening van persoonsgebonden ondernemingsvormen*, Raaijmakers/Van der Sangen (red.), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003, p. 22.

‘Het is in het huidige Nederlandse recht onmogelijk om goederenrechtelijk privé en zaakvermogen te scheiden bij een eenmanszaak, behalve door het oprichten van een BV met bijbehorende beheersstructuren en overige verplichtingen. In Frankrijk biedt de Fonds de Commerce bijvoorbeeld wél meer mogelijkheden. Waarom is voor de geschetste problematiek in het wetsvoorstel geen regeling getroffen? Verdient het geen aanbeveling hierin alsnog te voorzien?’²⁰

Deze vraag heeft uiteraard een bredere strekking dan het onderwerp van deze bijdrage. De vraag omvat mede de goederenrechtelijke behandeling van het ondernemingsvermogen als zodanig. Hierachter zou de wens schuil kunnen gaan om het ondernemingsvermogen als goederenrechtelijke eenheid te beschouwen, zodat het ondernemingsvermogen, als een geheel van door de ondernemer tot het bereiken van het ondernemingsdoel daartoe bestemde activa en passiva, kan worden overgedragen onder algemene titel. Door Raaijmakers²¹ is dit bij verschillende gelegenheden bepleit, en zou aldus vorm te geven zijn dat het recht van de ondernemer op zijn onderneming als goederenrechtelijke eenheid van wisselende activa en passiva overdraagbaar is bij enkele akte. Door overdracht van dit recht komt de verkrijger in dezelfde positie als de overdrager: hij verwerft daarmee de volledige beheer- en beschikkingsmacht over het ondernemingsvermogen en daaraan verbonden rechten. Het voordeel van deze benadering is dat bij verkoop en levering van de onderneming – Molenaar sprak in dit verband van de handelszaak²² – men niet de transactiekosten verhogende praktijk van de stuksgewijze levering van afzonderlijke goederen moet volgen, terwijl ook de regels terzake van schuld- en contractovername in beginsel niet van toepassing zijn. De overdracht van het recht op de onderneming veronderstelt een verkrijging onder algemene titel van de onderneming als ‘going concern’, met inbegrip van alle activa en passiva die daartoe behoren, en – niet onbelangrijk – alle voor het functioneren van de onderneming van belang zijnde rechtsverhoudingen.²³ Een dergelijke zienswijze vereenvoudigt ook de inbreng van een eenmanszaak in een BV: niet de afzonderlijke activa en passiva worden overdragen c.q. overgenomen, maar het recht op de onderneming wordt ingebracht in natura en geleverd bij akte.²⁴

6. De vraag is thans wat bepaalt nu precies of er sprake is van een afgescheiden vermogen. In het arrest van de Hoge Raad inzake Boeschoten/Besier werd destijds in

²⁰ Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie d.d. 4 mei 2005 n.a.v. de Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, EK 2004-2005, 28 746, B.

²¹ M.J.G.C. Raaijmakers in: Pitlo/Raaijmakers, *Overdracht van een onderneming onder algemene titel*, preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’ 2002 en in: *Herziening van persoonsgebonden ondernemingsvormen* (2003), p. 1-53.

²² F. Molenaar, *Een hele onderneming. Een onderzoek naar de vraag of en in hoeverre een executie van de handelszaak mogelijk is*, diss. RUL 1973, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1973.

²³ Denk in dit verband aan dealerovereenkomsten, licentie-overeenkomsten, franchise-overeenkomsten, arbeidsovereenkomsten, huurovereenkomsten, eventuele financieringsarrangementen en vergunningen. Overigens kan in de praktijk het persoonlijke karakter van de rechtsverhouding gezien de aard, de wet of de gemaakte afspraken zich tegen rechtsovergang verzetten. Dit is echter niet typisch voor de overgang van het ondernemersvermogen van de eenmanszaak. Het leidt ook tot problemen bij juridische fusie of splitsing bij BV's.

²⁴ Tot welke problemen de huidige regels ter zake van inbreng van een eenmanszaak in een BV kunnen leiden, illustreren de arresten van de Hoge Raad inzake Bas-C, HR 11 juli 2003, JOR 2003/193 en inzake Tonnaer/Van Uden c.s, HR 29 oktober 2004, JOR 2004/325.

afwijking van de heersende leer een afgescheiden vermogen aangenomen op grond van de volgende overwegingen:

- iedere vennoot is bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en de vennootschap aan derden en derden aan de vennootschap te verbinden;
 - met het oog daarop moeten de voornaamste bepalingen van de vennootschapsakte openbaar worden gemaakt;
 - de vennootschap kan in eigen naam optreden en failliet worden verklaard, zoals blijkt uit artikel 5 Rv (oud) – thans artikel 45 lid 2 sub a en 111 Rv (eisende partij) en artikel 51 Rv (gedaagde partij) – en art. 4 lid 3 Fw;
 - de positie van vennoot en die van de vennootschap zijn niet inwisselbaar, en dat *‘al die bepalingen der wet er op wijzen, dat het vermogen, het welk de vennoten afzonderen om daarmee handel te drijven, is een afgescheiden gedeelte van hun vermogen met eene bepaalde bestemming, waaraan dit moet blijven beantwoorden zoolang de vennootschap voortduurt’* en de vennoten kunnen dus ook geen verdeling kunnen vorderen behoudens na ontbinding;
 - ook uit de artikelen 32-35 WvK volgt dat bij vrijwillige ontbinding en vereffening de schulden van de vennootschap zoveel mogelijk worden voldaan uit het afgescheiden vermogen van de vennootschap, terwijl er geen reden is om aan te nemen dat dit niet zou gelden bij ontbinding van de vennootschap ten gevolge van faillissement;
 - ook onder het Romeins recht bestond voor handelsondernemingen – niet noodzakelijkerwijs een societas – de mogelijkheid om een zelfstandig, van de overige goederen des eigenaars, afgescheiden vermogen in het leven te roepen.
- Verder verwijst de Hoge Raad naar de praktijk in het oud-vaderlands recht.

Hieruit kan worden afgeleid dat bepalende argumenten voor het aannemen van een afgescheiden bij de VOF bestonden uit de eisen van het handelsverkeer, het bestaan van vergelijkbare juridische figuren in het Romeinse en oud-vaderlandse recht, en de kenbaarheid van het bestaan van de firma door het gebruik van een gemeenschappelijk naam richting derden. Aan het feit dat de artikelen 32-35 slechts spraken over de vrijwillige liquidatie en niet over faillissement, ging de Hoge Raad voorbij. Hij wees deze grammaticale interpretatie af en paste de daarin neergelegde regels ter zake van vereffening van het vermogen van de VOF analoog toe op de afwikkeling van het vermogen van de VOF in faillissement. De indruk kan ontstaan dat de Hoge Raad zich hier bezondigde aan een doelredenering. Bij nadere lezing is dat evenwel niet het geval. Eerder is het zo dat in de ogen van de Hoge Raad er argumenten waren om aan te nemen dat ook de toenmalige wetgever de bedoeling heeft gehad aan het vermogen van de vennootschap onder firma een afgescheiden karakter toe te kennen, hetgeen de wetgever ook vóór 1897 reeds tot uitdrukking heeft gebracht door een combinatie van de hierboven genoemde toen geldende wetsbepalingen. De kern evenwel is ook hier dat het vermogen door de ondernemers is bijeen gebracht met een bepaald doel – het drijven van een handelsonderneming – en dat met dit vermogen op voor derden kenbare wijze door het gebruik van een gemeenschappelijke handelsnaam, waarvan inschrijving in het handelsregister is verplicht, deelgenomen wordt aan het handelsverkeer. Belangrijk is verder de overweging dat het bestaan van een afgescheiden vermogen bij de vennootschap onder firma los staat van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten: *‘terwijl hierbij solidaire aansprakelijkheid van de vennoten wegens de verbintenissen der vennootschap in haar geheel blijft’*.

7. Ook in het arrest van de Hoge Raad inzake Hovuma/Spreeuwenberg²⁵ staat de kenbaarheid van het bestaan van de firma – in dat geval betrof het een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot – centraal bij de beantwoording van de vraag of de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen heeft en niet zozeer de interne gebondenheid die het gevolg is van de contractuele samenwerking en diensgevolge leidt tot een gebonden gemeenschap.²⁶ Zoals bekend werd het afgescheiden karakter van het ondernemingsvermogen van de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot lange tijd ontkent. Volgens de Hoge Raad kwam het vermogen van de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot toe aan de beherend vennoot in privé en vloeide daarmee als het ware samen.²⁷ Later is de Hoge Raad in zoverre op zijn arrest uit 1937 teruggekomen dat ook de Hoge Raad onderkende dat het onverkort toepassen van de paritas creditorum-regel op de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot als onbillijk werd ervaren, zowel jegens zaakscrediteuren als ook jegens de commanditaire vennoten. Zaakscrediteuren mochten er immers op vertrouwen – afgaande op de aanduiding commanditaire vennootschap – dat de commanditaire inbreng strekte tot waarborg voor de voldoening van hun vorderingen en dat die bedoeld was ter bevordering van de kredietwaardigheid van de onderneming, terwijl bovendien moeilijk te verklaren was waarom de commanditaire inbreng in geval van vereffening op grond van de paritas creditorum-regel mede ten voordeel strekte van privé-crediteuren van de beherend vennoot. Vasthoudend aan zijn beslissing inzake Erik Schaaper heeft de Hoge Raad in het Hardy-arrest²⁸ de scherpe kantjes van deze onbillijkheid afgehaald door een geheel nieuwe preferentieregel te formuleren ter zake van de afwikkeling van het vermogen van de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot. De daaruit voortvloeiende oplossing met bijbehorende rekenkundige formules konden destijds in de rechtsgeleerde geschriften weinig waardering oogsten.²⁹ De preferentieregel komt erop neer dat in geval van faillissement van de beherend vennoot zijn gehele privé en zaaksvermogen wordt vereffend, maar dat de zaakscrediteuren geen concurrentie dienen te ondervinden van de commanditaire vennoten, terwijl het aandeel van de privé-crediteuren wordt bepaald in concurrentie met zowel zaakscrediteuren als ook de commanditaire vennoten. Na voldoening van de zaaks- en privécrediteuren krijgt de commanditaire vennoot – voorzover de boedel daartoe toereikend is – zijn inbreng terug. Ook hier zien we echter dat de erkenning van het afgescheiden vermogen gelegen is in de combinatie van de doelbestemde inbreng en de kenbaarheid hiervan door het gebruik van een gemeenschappelijke firmanaam, en niet zozeer in de interne afspraken tussen de beherend vennoot en de commanditair, waarbij de Hoge Raad anticipeert op art. 7:806 lid 2 en 827 lid 2 van de nieuwe titel 7.13 BW.³⁰

Als deze redenering juist is – en wie zal deze door de doctrine, toekomstige wetgeving en thans ook door de Hoge Raad voorgestane zienswijze bestrijden –, dan kan elk ondernemingsvermogen door de eenmansondernemer middels een eenvoudige vormvrije overeenkomst én inschrijving daarvan in het handelsregister van een afgescheiden vermogen worden voorzien. Het enige dat nodig is, is dat de

²⁵ HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, *AA* 2003, 645 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

²⁶ Vgl. HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 (Van den Broeke/Van der Linde).

²⁷ HR 4 januari 1937, *NJ* 1937, 640 (Erik Schaaper).

²⁸ HR 3 februari 1956, *NJ* 1960, 120 (Hardy).

²⁹ Zie hierover A.L. Mohr, *a.w.*, p. 179-182.

³⁰ Zie M.J.G.C. Raaijmakers in zijn noot onder het arrest in *Ars Aequi* 52 (2003), p. 648 en 649.

eenmansondernemer een financier vindt die risicodragend financiert in ruil voor een aanspraak op een aandeel in de winst tijdens het bestaan of bij ontbinding van de *gezamenlijke* onderneming.³¹ Door raadpleging van het handelsregister kunnen potentiële crediteuren zelf een inschatting maken van de omvang en de waarde van de commanditaire inbreng. In theorie kan tegen de kosten van de inschrijving in het handelsregister en een symbolische inbreng door de commanditair van bijv. € 100,- (en waarom dan niet meteen € 1,-) het gewenste afgescheiden karakter worden verkregen. Afgezien van de oprichtingskosten en de dwingende Boek 2-structuur is het verschil met de eenpersoons-BV dan niet meer zo groot, met uitzondering van de beperkte aansprakelijkheid.

Er is wel betoogd dat dit mogelijk misbruik in de hand zou werken en dat het overigens niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Zo betoogt Mohr:

‘De toekenning van een afgescheiden vermogen vormt, hoe je het ook bekijkt, een inbreuk op een behartigenswaardige (maar in de praktijk van het vermogensrecht wel nogal naar de achtergrond verdreven) grondregel van ons vermogensrecht: de gelijkheid van crediteuren. Een dergelijke inbreuk, kan men zeggen, wordt in het geval van een vennootschap onder firma, gerechtvaardigd, doordat daaraan meerdere hoofdelijke aansprakelijke vennoten deelnemen. Van een dergelijk samenwerkingsverband, waarin een volledige bundeling plaatsvindt van de belangen van meerdere individuen, kan gezegd worden dat het een zodanige juridische en maatschappelijke relevantie heeft, dat een inbreuk op de paritas creditorum daardoor wordt gerechtvaardigd. (...) Geheel anders ligt dit alles evenwel voor het geval van een commanditaire vennootschap met slechts één beherend vennoot.’³²

Het samenwerkingsverband tussen de eenmansondernemer en zijn commanditaire geldschieter heeft volgens Mohr onvoldoende gewicht om een doorbreking van de paritas creditorum te rechtvaardigen. De eenmans-BV zal Mohr, gezien zijn redenering, dan ook wel in de ban willen doen. Enigszins ongerijmd is dan vervolgens zijn standpunt³³ dat naar huidig recht de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot wél een afgescheiden vermogen heeft indien er tevens sprake is van een gebonden gemeenschap. De kans dat er sprake is van een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot zonder dat er iets in gemeenschap wordt gebracht, is overigens mijns inziens niet erg waarschijnlijk:³⁴ de beherend vennoot brengt toch als commanditair *vennoot* in, in de ...? Tja, waarin anders dan in de gemeenschap, waarbij de geldelijke bijdrage van de commanditair door de beherend vennoot in die hoedanigheid wordt ontvangen en als zodanig op naam van de commanditaire vennootschap dient te worden afgescheiden van zijn privé-vermogen – op een aparte rekening naar men mag aannemen?³⁵ Ten aanzien van het aldus bij

³¹ Daartegenover staat dat de ondernemer op dat moment wel de exclusieve beheers- en beschikkingsmacht in die zin gedeeltelijk prijsgeeft dat hij deze voortaan intern althans dient te delen met de commanditaire vennoot. Contractueel kan echter deze samenwerking dusdanig worden ingeperkt dat de commanditair uitsluitend gerechtigd is tot een aandeel in de winst, tot inzage in de boeken en recht heeft op rekening en verantwoording.

³² Mohr, a.w. p. 178 en 179.

³³ Mohr, a.w. p. 182.

³⁴ Ik realiseerbaar me dat hier sprake kan zijn van bewijsrechtelijke problemen ten aanzien van de vaststelling of er überhaupt sprake is van *vennootschap* of van een geldleningovereenkomst en van problemen ten aanzien van de uitleg van de gemaakte afspraken waarvoor de Haviltex-formule uitkomst kan bieden.

³⁵ Zelfs als de commanditair nog niet voldaan heeft aan zijn inbrengplicht, bestaat er een vorderingsrecht van de commanditaire vennootschap tot inbreng waarover de beherend vennoot in privé niet kan beschikken en die hij gezien het persoonlijke karakter ook niet namens de commanditaire vennootschap kan cederen aan een derde. Vlg. Rb Zwolle 7 juli

elkaar gebrachte vermogen van de commanditaire vennootschap geldt vervolgens uiteraard wel de paritas creditorum: de met hypotheek gesecureerde kredietverschaffer, de onbetaald gebleven arbeider, de fiscus, de retentor enz. genieten ten aanzien van het aldus afgescheiden vermogen verhaalsvoorrang volgens titel 3.10 BW.

8. De ommezwaai van de Hoge Raad in Hovuma/Spreeuwenberg laat zien dat erkenning van een afgescheiden vermogen bij een ondernemingsvermogen dat onder beheer staat van een enkel (natuurlijk of rechts-)persoon ook voor het huidige recht niet uitzonderlijk is. Er zijn nog meer voorbeelden waarin op basis van de jurisprudentie een juridische afscheiding van een doelbestemd vermogen van het vermogen van de beheerder wordt erkend. Ik noem het arrest van de Hoge Raad inzake Ontvanger/Hamm,³⁶ waarbij de Hoge Raad uit billijkheidsoverwegingen een actie tot terugvordering met verhoogde preferentie jegens de boedel toestond voor een kennelijke foutieve betaling van een derde op de rekening van de failliet en waarbij dat bedrag feitelijk werd afgezonderd van de boedel; het arrest van de Hoge Raad inzake Slis/Stroom,³⁷ waarin volgens de doctrine³⁸ in elk geval de erkenning kan worden gevonden voor de speciale kwaliteitsrekening (de generale kwaliteitsrekening is in de jurisprudentie niet erkend gezien het arrest van de Hoge Raad inzake Procall/Coöperatie Beatrix).³⁹ Verder wil ik wijzen op het arrest van de Hoge Raad inzake Bas-C,⁴⁰ waarbij De Bont zijn eenmanszaak wenste in te brengen in een door hem opgerichte BV. Om aan zijn stortingsplicht te voldoen wilde De Bont gebruik maken van gelden die door de eenmanszaak waren ontvangen, zij het dat de eenmanszaak op dat moment reeds handelde als BV in oprichting. Door de bekrachtiging na de oprichting hadden deze door de BV i.o. ontvangen gelden – met terugwerkende kracht – te gelden als gelden van de BV en waren daardoor reeds afgescheiden van het privé-vermogen van De Bont. Blijkbaar is de eenmansondernemer volgens de Hoge Raad vanaf het moment dat hij handelt namens een BV in oprichting niet meer bevoegd om gelden die op naam van de BV i.o. zijn ontvangen, vrijelijk over te hevelen naar zijn privé-vermogen, althans indien de BV na oprichting de ontvangst van de betaling aan de BV i.o. heeft bekrachtigd. Licht in deze beslissing niet reeds het begin van erkenning van het afgescheiden vermogen van de eenmanszaak? Met terugwerkende kracht wordt hij immers geacht – nog steeds volgens de Hoge Raad – de gelden te beheren als het toekomstige verhaalsaansprakelijke vermogen van de opgerichte eenmans-BV. In ruil daarvoor is hij niet meer persoonlijk aansprakelijk voor de schulden uit de bekrachtigde rechtshandeling, maar moet wel constateren dat hij niet aan zijn stortingsplicht heeft voldaan.

2004, *JOR* 2005/1 (AOB Compaz/Van Gils) ter zake van het verbod tot cessie van de stortingsplicht bij de BV aan een derde.

³⁶ HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 437.

³⁷ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752.

³⁸ Zie voor een overzicht van de standpunten in de doctrine met betrekking tot de kwaliteitsrekening E. Dirix & R.D. Vriesendorp, *Inzake kwaliteit*, Kluwer/Kluwer Rechtswetenschappen België, Deventer/Deurne 1998 en de recente monografieën van R.M. Avezaat, *De kwaliteitsrekening*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2002 en A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Kluwer, Deventer 2005.

³⁹ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196.

⁴⁰ HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 630.

Ook het arrest van de Hoge Raad inzake K./M.⁴¹ geeft voeding aan de gedachte dat het vermogen van de eenmanszaak afgescheiden is van het privé-vermogen van de ondernemer. In K./M. oordeelde de Hoge Raad dat de partner in een huwelijksgemeenschap in geval van echtscheiding geen goederenrechtelijke aanspraak heeft op de helft van het aandeel van de andere partner in de personenvennootschap waarin deze laatste vennoot is. In geval van echtscheiding kan de partner niet afdwingen dat de samenwerking – het betrof in casu een specialistenmaatschap – wordt ontbonden. Na ontbinding van het huwelijk heeft de scheidende partner slechts een voorwaardelijke verbintenisrechtelijke aanspraak op uitkering van de helft van de in toekomst gerealiseerde waarde van het aandeel van de man, inclusief de goodwill, en wel onder de opschortende voorwaarde dat de man de samenwerking beëindigt. Niet valt in te zien op grond waarvan in geval van echtscheiding de scheidende partner de eenmansondernemer wel kan dwingen tot vereffening van het tot de eenmanszaak bestemde vermogen. Dat is ook niet de oplossing naar huidig recht: de onderneming wordt toebedeeld aan de ondernemende partner en blijft ook na echtscheiding onder zijn bestuur staan. Zoals gezegd dient de waarde van de onderneming in de verdeling van de echtelijke boedel te worden betrokken.⁴²

9. Uit vorenstaande vloeit reeds voort dat erkenning van een afgescheiden vermogen onder bijzondere omstandigheden in de jurisprudentie geen uitzonderlijke zaak is, alhoewel daarbij grote terughoudendheid wordt betracht. De argumenten voor erkenning van een afgescheiden vermogen bij ondernemingsvormen die volgens de dogmatische Boek 2-benadering geen rechtspersoonlijkheid bezitten, werd, zo bleek uit een analyse van de jurisprudentie, gefundeerd op de vorming van een tot het ondernemingsdoel bestemd vermogen in combinatie met kenbaarheid van deze bestemming door het gebruik van een firmanaam en publicatie hiervan in het handelsregister. Met name in het arrest van de Hoge Raad inzake Boeschoten/Besier werd daarbij gewezen op de eisen van het handelsverkeer en niet zozeer op de interne afspraken tussen de vennoten. Daarbij heeft de Hoge Raad destijds gezocht om aansluiting te vinden bij reeds bestaande wettelijke bepalingen als steunargumenten voor de erkenning van het afgescheiden vermogen. In Hovuma/Spreeuwenberg wordt ook een beroep gedaan op de eisen van het handelsverkeer; ditmaal vond de Hoge Raad steun in de doctrine en in een aanhangig wetsvoorstel waarin de zaak ‘politiek’ werd beslist.

Naar mijn mening kunnen de argumenten voor erkenning van een afgescheiden vermogen bij de personenvennootschappen ook met succes in stelling worden gebracht bij de vraag of de eenmanszaak een afgescheiden vermogen heeft. Ook de eenmansondernemer vormt een tot het bereiken van zijn ondernemingsdoel bestemd vermogen. Daarvoor dient hij zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk administratie te voeren.⁴³ Hij is verplicht hiervan op voor derden duidelijk kenbare wijze publicatie te doen in het handelsregister en van zijn rechtsvorm en daarbij behorende firmanaam in zijn negotie met derden melding te maken.⁴⁴ Dat er

⁴¹ HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2001, 153, *Ars Aequi* 2002, 163 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

⁴² Zie in dit verband art. 1:97 lid 2 BW. Vgl. HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46 (Damesmodebedrijf). Zie ook J.C. van der Steur, *Grenzen aan rechtsobjecten*, Kluwer, Deventer 2003, p. 193.

⁴³ Zie art. 3:15i en j BW en art. 52 AWR.

⁴⁴ Vgl. art. 9 en 11 Hrgb 1996. De opgaveplicht berust op art. 5 Hrgw 1996. Schending van de opgaveplicht is een economisch delict, terwijl bovendien eventuele beperkingen in de

vervolgens in ons vermogensrecht anders dan in het arrest van de Hoge Raad inzake Boeschoten/Besier en inzake Hovuma/Spreeuwenberg nog geen wetsbepalingen zijn waarbij aansluiting kan worden gezocht, doet aan de inhoudelijke argumentatie niet af. Immers, de verwijzing van de Hoge Raad in Boeschoten/Besier naar reeds toen geldende wettelijke bepalingen geven uitdrukking aan de *gevolgen* van het bestaan van een afgescheiden vermogen. Aan de andere kant zijn er in het huidige vermogensrecht geen dwingende aanwijzingen te vinden dat de paritas creditorum-regel van artikel 3:276 en 277 BW ten aanzien van de eenmanszaak onverkort van toepassing moet zijn op beide vermogens gezamenlijk. Dat de paritas creditorum-regel in ons vermogensrecht zo moet werken, berust eerder op een axioma, dan op een gefundeerde analyse van het doel en de functie van ondernemingsvermogen zoals dat ook bij de eenmanszaak een universitas iuris vormt. Het had ook anders kunnen gaan bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het BW, aangezien het oorspronkelijke Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek voorzag in een zelfstandig ondernemingsvermogen bestaande uit goederen én schulden en waaraan Meijers een afgescheiden karakter toekende. Dit is echter min of meer abusievelijk in het codificatieproces verloren gegaan.⁴⁵ Ware dat anders geweest, dan zou er wel degelijk een wettelijke grondslag zijn geweest voor de erkenning van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak.

10. Nu er geen aansluiting is te vinden bij enige reeds bestaande wettelijke bepaling is een erkenning van het afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak als zodanig in de rechtspraak niet zeer waarschijnlijk.⁴⁶ De rechtspraak is zeer terughoudend met het toestaan van een afgescheiden vermogen. Daarvoor dient er sprake te zijn van een duidelijke maatschappelijke behoefte die zijn grondslag vindt in de eisen van het handelsverkeer, de rechtszekerheid ten opzichte van alle betrokkenen dient te worden gewaarborgd, het moet passen in en aansluiten bij het wettelijke systeem en, tot slot, er mogen geen werkbare alternatieven voorhanden zijn, zo wordt ons vaak voorgehouden.⁴⁷ Daarmee is de kous echter niet af. Hoe kan, uitgaande van het thans vigerende stelsel van het goederenrecht en het rechtspersonenrecht, worden bereikt dat aan het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak een afgescheiden karakter wordt toegekend? Erkenning van het afgescheiden vermogen van de eenmanszaak vereist derhalve ingrijpen van de wetgever.⁴⁸

In de literatuur is inmiddels nagedacht op welke wijze dit vorm zou kunnen krijgen. De meest vergaande oplossing zou zijn om aan elke onderneming rechtspersoonlijkheid toe te kennen, waardoor per definitie een afgescheiden vermogen ontstaat. Een dergelijke oplossing wordt weliswaar in de literatuur genoemd, maar eigenlijk door niemand bepleit, omdat het, zoals Van der Steur aantoonde, het dogmatische schema rechtssubject – vermogensrechten – rechtsobjecten

vertegenwoordigingsbevoegdheid van hen die namens de ondernemer handelen, niet aan derden kan worden tegengeworpen.

⁴⁵ Zie hierover M.J.G.C. Raaijmakers, preadvies Vereniging Handelsrecht 2002, p. 18 en 19. Met instemming Van der Steur, a.w. p. 201.

⁴⁶ Tot een zelfde conclusie komt Van der Steur, a.w. p. 208, die echter tevens erop wijst dat de argumenten voor erkenning van de onderneming als zelfstandige eenheid met rechten en plichten – een algemeenheid van goederen *en schulden* – daartoe ook overtuigen.

⁴⁷ Vgl. in dit verband de overwegingen van de Hoge Raad inzake Slis/Stroom terzake van de afwijzing – in dat geval – van het afgescheiden vermogen van de notarisrekening.

⁴⁸ Zie over de beperkingen van het denken over, het zoeken naar en de uitleg van regels in het burgerlijk recht langs de lijn van het schema wetgeving-rechtspraak en weer terug Asser-Vranken, Vervolg, hoofdstuk 6.

te zeer geweld aan doet. Het staat te ver af van wat gebruikelijk in de rechtsdogmatiek onder rechtspersoon wordt verstaan – het gaat dan (te) vaak om de rechtspersonen van Boek 2 BW en de gedachte dat voor erkenning van een dergelijke zelfstandige persoon voor het recht (gedelegeerde) toestemming van de overheid noodzakelijk is, dit alles met het oog op de rechtszekerheid.⁴⁹ Opvallend is dat in de door de minister van Justitie in het vooruitzicht gestelde brede herziening van het ondernemingsrecht met geen letter over de eenmanszaak wordt gerept.⁵⁰ Dat geldt ook voor het rapport van de commissie De Kluiver.

Een tweede concept om aan het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak een afgescheiden karakter toe te kennen is om – anders dan bij het Franse fonds de commerce⁵¹ – de onderneming als zodanig te beschouwen als een goederenrechtelijke eenheid die leidt – ik verwijs daarbij naar de voortschrijdende analyse van Raaijmakers – tot een vereenvoudiging van de overdraagbaarheid van de onderneming alsmede van de omzetting in een BV, maar ook van de financierbaarheid van de onderneming. Let wel, dit veronderstelt de erkenning dat het ondernemingsvermogen een algemeenheid van goederen en schulden is en het recht daarop als een enkelvoudig of gedeeld lidmaatschap in ruime zin. Dat lidmaatschap bevindt zich in het vermogen van de ondernemer als vermogensrecht en bij verkoop of inbreng van dit lidmaatschap komt de goodwill pas (ex post) tot uitdrukking. Dit maakt de algemeenheid van goederen en schulden die de onderneming is, nog niet tot *rechtssubject* omdat deze nog steeds onder exclusief beheer staat van de eenmansondernemer, maar duidelijk wordt wel, zoals Raaijmakers en Van der Steur aangetoond hebben, dat de onderneming als zelfstandig *rechtsobject* in het goederenrecht kan worden erkend. Die erkenning van de zelfstandigheid van het ondernemingsvermogen leidt er logisch toe dat crediteuren van deze universitas iuris een voorrang hebben bij verhaal boven de privé-crediteuren. Stel dat een vennootschap onder firma met twee vennoten wordt ontbonden en wordt voortgezet door een van de vennoten als eenmanszaak. Hoe kan dan worden verklaard dat de voortzettende vennoot vanaf dat moment moet dulden dat het ondernemingsvermogen zijn afgescheiden karakter zou verliezen? Dogmatisch gezien is het moeilijk te verklaren dat reeds bestaande crediteuren verhaalsvoorrang behouden op het afgescheiden vermogen, terwijl nieuwe crediteuren dat niet hebben.

Inpassing van het recht op de onderneming in het goederenrecht impliceert derhalve niet alleen dat het recht op de onderneming als vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW kan worden overgedragen, maar ook dat door die overdracht het ondernemingsvermogen als algemeenheid van goederen en schulden onder algemene titel overgaat. Binnen de gangbare paden van het huidige goederenrecht betekent dit dat een aantal uitgangspunten in acht moeten worden genomen, zoals het beginsel van de individualiseerbaarheid, specialiteit en publiciteit. Bepaald moet kunnen worden – eventueel achteraf – welke goederen en schulden in de rechtsovergang worden

⁴⁹ Hoe anders valt de eis van een notariële akte te verklaren voor het 'overeenkomen' van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Vgl. art. 7:802 lid 1 in de voorgestelde titel 7.13 BW.

⁵⁰ Vlg. Minister van Justitie, *Nota Modernisering Ondernemings- en vennootschapsrecht* d.d. 8 september 2004. Volgens cijfers van het CBS over 2004 bestaat bijna de helft van alle ondernemingen gedreven in de rechtsvorm van de eenmanszaak (ongeveer 340.000); een groot deel daarvan bestaat uit 'zelfstandigen zonder personeel' (zzp-ers). Zie www.cbs.nl/nl-menu/themas/bedrijfsleven/ondernemingen/publicaties/artikelen/archief/2004/ (geraadpleegd 6 september 2005).

⁵¹ Zie hierover H. de Groot, 'De eenpersoons-handelszaak als entiteit: algemeenheid van goederen dan wel fonds de commerce', *Ondernemingsrecht* 2002-5, p. 132 e.v..

begrepen. Daarnaast moet de rechtsovergang ook op eenduidige wijze kenbaar zijn voor derden, zodat ook derden vanaf dat moment weten wie de heerschappij over het vermogen heeft. Ik merk hierbij op dat in geval van juridische splitsing de wetgever ervan uitgaat dat een beschrijving van de te splitsen vermogensbestanddelen in de splitsingsakte goederenrechtelijk gezien voldoende helderheid verschaft, ook jegens derden.⁵²

Een dergelijke goederenrechtelijke benadering van het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak en het recht daarop heeft onmiskenbaar voordelen. In de eerste plaats kan (het recht op) de onderneming in een rechtshandeling worden overgedragen. Bij overdracht komt de goodwill in de privé-balans van de ondernemer tot uitdrukking. Dit heeft tot gevolg dat dit overdraagbare recht (waarin de goodwill is begrepen) ook bezwaard kan worden met beperkte rechten, zoals pand en vruchtgebruik. Het recht op de onderneming geeft de verkrijger de beheers- en beschikkingsmacht die de verkopende ondernemer eerst daarover had. Veel betekend in dit verband is art. 2 Hnw. Financiering vindt dan niet alleen plaats op basis van zekerheidverstrekking op afzonderlijke onderdelen van het ondernemingsvermogen, maar ook – indien de bank na waardering bereid is daaraan waarde toe te kennen – op het totale recht op de onderneming. Verder leidt deze zienswijze tot een duidelijke goederenrechtelijke scheiding tussen het privé-vermogen van de ondernemer en het doelbestemde ondernemingsvermogen. Acceptatie van deze universitas iuris leidt tot een afgescheiden vermogen in die zin dat zaakscrediteuren zich op de activa van deze algemeenheid kunnen verhalen. Het gevolg is dat er dan sprake is van ‘affirmative asset partitioning’.⁵³ Privé-crediteuren kunnen dan niet meer rauwelijks beslag leggen. Het leidt ertoe dat de onderneming en de daarin in potentie aanwezige goodwill behouden blijft. Ook voor de privé-crediteuren is deze visie wenselijk, aangezien ook zij gediend zijn met een zo hoog mogelijke ‘earning capacity’ van de ondernemer en waar dit niet meer mogelijk, een zo hoog mogelijke liquidatieopbrengst van de onderneming als geheel. Praktisch betekent dit dat ook in faillissement van de eenmansondernemer de curator twee uitdelingslijsten opmaakt.⁵⁴

11. Uiteindelijk komen we dan bij de vraag of het wenselijk is dat de wetgever een regeling treft voor de erkenning van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak. Hoewel de argumenten zoals ik deze hierboven heb getracht te rangschikken, pleiten voor een dergelijke erkenning, en gedachten omtrent de uitwerking daarvan reeds voorhanden zijn, heb ik toch twijfels. Deze twijfels berusten met name op drie omstandigheden: het gebrek aan maatschappelijke urgentie (de politieke haalbaarheid laat ik dan nog buiten beschouwing), het gebrek aan feitelijke grondslag van de noodzaak om tot een wettelijke regeling te komen en, tot slot, de kosten van een eventuele wetgevingsoperatie afgezet tegenover de te verwachten baten.

⁵² Vlg. art. 2:334f BW. Overigens bestaat er geen voor derden te raadplegen register voor fusies en splitsingen. Indien er registergoederen zijn betrokken in de fusie of splitsing moet de rechtsovergang worden gepubliceerd in de openbare registers op straffe van derbescherming.

⁵³ Hansmann en Kraakmann hebben erop gewezen dat het fenomeen de transactiekosten voor de financiering in gunstige zin beïnvloeden omdat de financier uitsluitend het bestaan van het ondernemingsvermogen hoeven te monitoren. Ook kosten van ‘bonding’ – het vormen en in stand houden van het ondernemingsvermogen – zijn lager omdat privé-crediteuren hierop geen aanspraak hebben.

⁵⁴ Vgl. in dit verband voor commanditaire vennootschap met één beherend vennoot Rb Zwolle 3 september 2003, *JOR* 2003/278 (Kingfish Urk CV).

Bestaat er eigenlijk wel een noodzaak om tot een regeling van het afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak te komen? Om daarover een gefundeerde uitspraak te doen, zouden we inzicht moeten hebben in het gebruik van de bestaande alternatieven en op welke wijze deze functioneren. Mijn indruk is dat het gebruik van huwelijkse voorwaarden aan de kant van de ondernemer en het beginsel van ‘creditor self-help’ aan de kant van zaakscrediteuren voldoende en wellicht ook afdoende werken. Deze indruk zou echter gestaafd moeten worden met empirische feiten. De volgende vragen zouden daarbij van belang kunnen zijn: hoeveel eenmansondernemers zijn ongehuwd of zijn geen partner in een geregistreerd partnerschap? Hoeveel eenmansondernemers zijn gehuwd, en zo ja, in gemeenschap van goederen of onder huwelijkse voorwaarden en volgens welk regime? Hoeveel eenmanszaken worden gefinancierd door bankkrediet met zekerheidstelling op het privé-vermogen? Hoeveel eenmansondernemers kiezen thans voor de rechtsvorm van de BV respectievelijk hoeveel eenmansondernemers zouden kiezen voor de rechtsvorm van de BV, indien het minimumkapitaal wordt afgeschaft? Hoeveel banken zouden bereid zijn een dergelijke eenmans-BV te financieren zonder zekerheid op het privé-vermogen? Zou het leven van de eenmansondernemer er beter op worden als we in het recht een afgescheiden vermogen zouden aannemen? Zonder economisch onderzoek weten we dat niet.

Dan speelt er nog iets mee, de kosten van de gehele wetgevingsoperatie om een afgescheiden vermogen van de eenmanszaak in het systeem van het Burgerlijk Wetboek geregeld te krijgen. Is het niet voordeliger om de eenmanszaak te laten voor wat hij is en een aandeelhoudersbestuurde vennootschap, zoals op de Nederlandse Antillen recentelijk is ingevoerd, wettelijk te regelen en gelijktijdig het verplichte minimumkapitaal af te schaffen. Daarmee zijn we terug bij de analyse van Hansmann en Kraakman, inhoudende dat door het gebruik van het rechtspersonenrecht zelf het effect van ‘affirmative asset partitioning’ wordt bereikt, terwijl bovendien reorganisaties van en de overdracht van het recht op de onderneming – thans belichaamd in de aandelen van de eenpersoons-BV – mogelijk worden gemaakt. De daarmee gepaard gaande kosten voor de ondernemer bestaan uit notariskosten en kosten voor inschrijving in het handelsregister. Als het notariaat nu de kosten voor de oprichting van een dergelijke kleine BV voor kleine ondernemers internationaal concurrerend maakt, dan zal het met de gevolgen van de Inspire Art-doctrine wel meevallen.⁵⁵ Daarvoor is wél vereist – en Raaijmakers heeft bij meerdere gelegenheden daarvoor gepleit – dat het dan mogelijk zou moeten zijn om het recht op de onderneming ‘uno actu’ te kunnen overdragen en leveren en te kunnen inbrengen in een OVR dan wel BV. Dat is een regeling in ons burgerlijk wetboek waard.⁵⁶ Datzelfde geldt voor de introductie van een op de LLC lijkende rechtsvorm.⁵⁷ Het een

⁵⁵ Ik doel daarbij op de vlucht van ondernemers in buitenlandse rechtsvormen zoals de Limited naar Engels recht, welke binnen de EU mits geldig opgericht naar het recht van Engeland in de overige lidstaten als rechtspersoon moet worden erkend.

⁵⁶ Vgl. ook G.T.K. Meussen en G.J.H. van der Sagen ‘Fiscale en civielrechtelijke gevolgen van uittreding in de ondernemingsfeer’ in: *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, P.H.J. Essers e.a. (red.), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2000, p. 131-133.

⁵⁷ Zie hierover H. de Groot, ‘Waarom krijgen wij geen LLC’, *Ondernemingsrecht* 2001-9, p. 254 e.v.. Vgl. ook E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States*, diss. UvT 2003, die evenwel op overtuigende wijze heeft aangetoond dat nationale regelgevers weinig incentives hebben om het vennootschapsrecht ingrijpend te herzien. Zie met name hoofdstuk 3.

en ander zou dan samen met een op de LLP gelijkende rechtsvorm dienen te worden geregeld in het kader van een brede herziening van het *gehele* ondernemingsrecht.⁵⁸

⁵⁸ Zie het pleidooi van M.J.G.C. Raaijmakers daartoe in: *Herziening van persoonsgebonden ondernemingsvormen* (2003), p. 1-53 en voor wat betreft de LLP J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'De behoefte aan een Nederlandse "personenvennootschap" met beperkte aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2005-11/12 p. 328-391.